

# 论我国强制执行制度的改革与完善

卢正敏\*

民事强制执行制度是运用国家强制力强制债务人履行义务,以实现债权人私权的法律制度,是实现民事权利的最后一道法律保障。缺乏有效的强制执行制度,生效的法律文书将成为“法律白条”,这不仅损害债权人的合法权益,还将损害生效法律文书的权威性和司法尊严。然而,自上个世纪80年代以来,“执行难”在民事司法实践中日益凸显,“被执行人难找,执行财产难寻,协助执行人难求,应执行财产难动”等问题不断加剧,造成未执行案件大量积压,成为法院工作的难点之一。近年来,执行工作又出现了违法执行、重复执行、滥用执行措施等执行乱问题,这不仅影响了执行难的解决,而且加大了执行难的程度。为了解决执行难、执行乱问题,最高人民法院把民事执行改革纳入司法改革的重要内容,使之成为司法改革的重心之一。自1999年起,执行改革逐步在全国铺开,各地法院围绕执行管理体制、执行机构、执行权运行机制和执行方式方法等层面推行各种改革措施,最高人民法院陆续出台了一系列司法解释,以规范执行工作。这些举措在一定程度上已初见成效,部分缓解了执行难、执行乱的问题。但就整体而言,这些举措治标不治本,没有从根本上解决问题。

造成执行难、执行乱的原因是多方面的,包括地方保护主义和本位主义思想严重干扰和阻碍执行;被执行人无履行能力或有履行能力而逃避执行;有关单位拒不协助执行甚至帮助被执行人逃避执行;法院之间委托执行不力;部分法院对执行工作重视不够;执行机构不健全,执行人员数量少、素质差;当事人法律意识淡薄;民事强制执行立法不完善,等等。其中,民事强制执行立法不完善,无疑是其中最重要、最根本的原因。解决执行难、执行乱问题,需要采取多种措施综合治理,有赖于社会各个方面的共同努力。学界普遍认为,完善民事强制执行立法,是解决执行难、执行乱问题的治本之策。

为尽快解决民众反映强烈的“执行难”问题,十届全国人大常委会第三十次会议于2007年10月28日通过了《关于修改民事诉讼法的决定》,针对执行程序

\* 作者系厦门大学法学院助理教授,法学博士。

作出了一些新的规定,主要体现在以下四个方面:(1)强化执行措施,促使被执行人依法履行义务,如增设了“立即执行”制度、财产报告制度,加大了执行威慑机制,提高了对不履行判决、裁定的罚款数额;(2)规范执行行为,增加规定了执行异议制度,进一步完善了对案外人的救济途径;(3)延长了申请执行的期间,保障当事人更好地行使权利;(4)允许人民法院根据需要设立执行机构,加强执行工作。

在肯定新规定对于执行程序一定程度的完善的同时,也应当看到,这次对执行程序的修改和补充,属于“局部修正”,只是一种权宜之计,无法从根本上解决执行难和执行乱问题。解决“执行难”是一个宏大的系统工程,应当有整体的立法规划,不能期望此次修正案的一些局部修正能够一劳永逸地解决执行难、执行乱问题。制定独立的强制执行法,才是治理执行难、执行乱的关键步骤。<sup>①</sup>

## 一、强制执行法的立法理念

长期以来,我国执行理念受历史、政治、经济、法律文化等诸多因素的影响,整体上以追求公法秩序的稳定为目标,认为公法秩序的维护优先于私法秩序,维护公权优先于实现私权,实现私权是维护公权的手段。具体表现为:在执行方式上,重说服教育,轻强制执行;在执行标的上,重国有资产的保护,轻私有财产的保护;在执行的程序与结果上,忽视执行过程的正当性、忽视债权人的权利;在执行机构与当事人的关系上,执行人员权力过于集中而当事人的主体地位被虚化。<sup>②</sup>传统的执行理念使人们对执行制度功能的认识产生了偏差,成为执行难与执行乱的深层次原因。要完善强制执行立法,构建科学的强制执行程序,必须更新执行理念,此乃现实的客观要求。笔者认为,从立法的高度来看,从执行制度的独特的精神实质和价值取向的宏观性考虑,强制执行立法理念的更新和确立,至少应当考虑以下四个方面的问题:

### (一)强制执行法与民事实体法的协调

强制执行是强制实现民事实体权利的法律制度。为此,强制执行法的制度设计,应当以民事实体法为基准,与民事实体法相协调。首先,强制执行法应当按照民事实体法规定的权利内容、期限、形态或者在其责任财产范围之内忠实地实现强制执行制度的目的,这是构造强制执行法的基准。很多国家的强制执行

<sup>①</sup> 齐树洁:《执行程序的局部修正与整体改革——兼论司法改革的整体性》,载《法律科学》2007年第6期。

<sup>②</sup> 常怡、刘春梅:《论执行理念的更新》,载张启楣主编:《执行改革理论与实证》,人民法院出版社2002年版。

法在结构设计上主要以民事实体法上的请求权为线索,执行程序和各种执行措施均围绕不同的实体请求权展开,在金钱债权的执行中又根据执行对象的不同规定了不同的执行方法,其基本考虑就是使民事强制执行法与民事实体法有机协调,相互呼应,相辅相成。<sup>①</sup> 其次,只有实体法上的权利才能通过强制执行实现,没有实体权利,不能实施强制执行,所以,强制执行法必须制定排除不当地或违法地进行执行的制度结构。<sup>②</sup> 再次,强制执行法的具体制度设计,也应当符合民事实体法的要求,各种执行行为必须与相应的民事实体法上的效力相协调。以金钱债权执行为例:在执行机关查封扣押标的物必须为何种行为,以及执行机关卖出所查封扣押的标的物产生何种效力等,都必须与民事实体法的规定相协调。例如,对不动产的查封,必须办理查封登记,以便与民事实体法上的公示制度相协调;不动产拍卖变卖的,必须办理过户登记,才能产生民事实体法上的权利得失变更效力。

还应看到,强制执行法并不是民事实体法的从法或者辅助法,强制执行制度的设计和运作除了要考虑最大限度地实现债权人的债权外,还要考虑债务人的保护、执行的效率、执行成本等多种复杂因素。强制执行法有其自身的特点和规律,执行程序有其自身独立的价值,如更注重效率、追求执行穷尽等。这在很多国家的强制执行制度中得以充分体现。例如,在美国,执行程序中的查封或者扣押可以产生一种类似于担保权的优先受偿权,这实际上意味着通过执行程序创设了一种实体权利。又如,许多国家对于执行拍卖制度的设计,都充分考虑到执行程序自身的特点和规律,而没有完全套用民法上的拍卖制度。从这一层面来讲,强制执行法的制度构建,除了要注意与民事实体法的一致性,还要体现自身的运行规律和价值取向。

## (二)当事人主义与职权主义的协调

关于执行机构与执行当事人在执行程序中的地位和相互关系,我国现行法适用的是职权主义,主要表现为法院可以依职权启动执行程序,执行过程中所有的程序全由法院依职权完成,包括寻找债务人、寻找被执行财产、调查收集各种证据、变更或追加执行当事人等。采用职权主义的结果,是剥夺了当事人的处分权,使作为执行机构的法院陷入“讨债公司”、“讨债人”的窘境,成为执行工作中各种矛盾的焦点。

针对执行程序职权主义的弊端,执行实践部门明确主张用“当事人主义”来

① 黄松有:《关于民事执行理论研究中的若干问题》,载《人民法院报》2004年9月15日。

② [日]竹下守夫:《日本民事执行制度概况》,白绿铉译,载《人民司法》2001年第6期。

重塑执行程序,尊重当事人在执行程序中的主体地位,强调当事人的责任分担,使之符合意思自治的民事基本原则;强调执行工作的被动性、中立性以及执行权的有限行使,以此转移执行风险,使法院免受“执行难”的指责。<sup>①</sup>

然而,执行程序的特殊功能决定了执行程序中奉行“当事人主义”的不合理性。当事人主义作为现代民事诉讼的一项基础性原则,这是民事诉讼的性质决定的,也是程序保障的基本要求:民事诉讼解决的是私法关系中产生的纠纷,而私法关系的契约性决定了民事诉讼必须遵循平等自愿和意思自治原则,这就要求诉讼中必须充分尊重当事人的意愿;当事人主义通过当事人双方的平等对抗,可以使“真理越辩越明”,因而成为发现案件事实的最佳途径;当事人主义强调法官消极中立,要求法官受辩论原则和处分原则的约束,其审判权的行使受到严格的程序规制,充分体现了程序公正的要求。换言之,在以确认权利为核心的诉讼程序中,当事人双方实体权利义务不明、需要通过当事人双方的平等对抗和辩论获得同等机会以证明权利的存在(或不存在)时,当事人主义的意义在于以当事人的请求和抗辩的范围限定法官的裁判权力,使裁判者保持消极和中立状态,以便作出公正的判断。相反,职权的介入可能导致对等或平等的失衡,导致权利或机会向一方当事人倾斜。但是,执行程序与诉讼程序完全不同,它不再是确认权利的程序,而是实现已确定无疑的权利的程序。在执行程序中,法官的行为不再是消极的,而是必须通过积极的行为,强制债务人履行业经生效法律文书确定的义务,从而帮助债权人实现由于受到侵害或纠纷阻碍而未能实现的权利。反过来说,如果执行程序奉行当事人主义,将意味着对债务人的纵容和偏袒,意味着迫使债权人单方让步从而导致债权人权利的削弱甚至化为灰烬,无法实现法律的公平、正义、安定等价值。<sup>②</sup>从执行权的基本构造来看,一般认为,执行权应当包括执行实施权与执行裁决权两大部分,<sup>③</sup>其中,执行实施权具有效率性、确定性、主动性、单向性等特点,其运行应体现准职权主义理念;而执行裁决权与审判权的性质并无二致,其运行理念应贯彻当事人主义。<sup>④</sup>在执行权的二元构造中,

① 周勇明:《以强化当事人主义重塑执行程序》,载张启楣主编:《执行改革理论与实证》,人民法院出版社2002年版。

② 傅郁林:《民事裁判执行的功能、“主义”和体制》,载最高人民法院执行工作办公室主编:《强制执行指导与参考》(2005年第3集),法律出版社2005年版。

③ 关于执行权的构造,有两分论、三分论、四分论、五分论等不同观点,但从哲学、经济学和法学视域考察执行权构造理论,把执行权分为执行实施权和执行裁决权具有其正当性、科学性和可行性。详细论述,可参见童兆洪:《民事执行权研究》,法律出版社2004年版,第111~146页。

④ 童兆洪:《民事执行权研究》,法律出版社2004年版,第259、293页。

执行实施权是其中最基本、最典型的权力,执行程序也主要围绕执行实施权而设计,因此,有论者将执行程序中当事人与执行机构的作用分担统一归纳为“准职权主义”。<sup>①</sup>

### (三)实现债权人权利与保障债务人权利的协调

对于债权人与债务人在执行中的地位和关系的问题,有当事人平等主义与当事人不平等主义之争。“以当事人之地位为准,在执行程序上,债权人与债务人之权利义务,不设差别者,曰当事人平等主义。反之,双方之权利义务,设有差别者,曰当事人不平等主义。”<sup>②</sup>

持当事人平等主义论者认为,平等理念来源于民法上的平等原则,民法上的平等原则决定了民事诉讼活动中当事人双方诉讼地位的平等性,也决定了强制执行中当事人双方地位的平等性。他们认为:“决不能以保护债权人的权利为名损害债务人的合法权益,这是法律公平原则的基本要求。从法理上来说,任何人都不能因为贫穷而受歧视,当然也包含任何人不能因为欠债而受歧视之意”。<sup>③</sup>但正如台湾学者杨与龄先生所言:“民事诉讼,为使两造当事人各尽攻击防御之能事,以期裁判之公平,故采当事人平等主义。强制执行,当事人之权利义务,业已确定,为迅速实现债权人之权利,自应偏重债权人利益之保护,不宜使债务人与债权人处于同等之地位。”<sup>④</sup>迅速、完全地实现债权人的权利,是强制执行制度最基本的目的。因此,在执行程序中,执行机关必须旗帜鲜明地站在债权人的立场上,强制债务人履行已经法定程序确定的义务,帮助债权人实现权利,而债务人则主要承担容忍执行的义务。反过来思考,如果说执行程序中债权人与债务人之间应当是平等的,无异于说债权与债务是平等的,这显然不合情理。正基于此,绝大多数人承认,“我国民事执行制度改革中,应当实行当事人地位不平等原则,执行工作中应当突出强调债权人权利的切实保护和债务人义务的强制履行。”<sup>⑤</sup>

值得注意的是,执行中也应注意对债务人基本人权的保障,从债务人的角度来说,只要实施强制执行,即可能触及债务人的财产、人身自由、人格尊严等基本权利,因此,在执行程序中充分尊重和维护债务人的基本权利显得尤为突出。许

① 童兆洪主编:《民事强制执行新论》,人民法院出版社2001年版,第13页。

② 杨与龄编著:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第20页。

③ 杨荣新、谭秋桂:《执行改革与强制执行立法》,载张启楣主编:《执行改革理论与实证》,人民法院出版社2002年版。

④ 杨与龄编著:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第20页。

⑤ 齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社2000年版,第263页。

多国家的强制执行法中都注重了被执行人基本权利的保护,如规定执行标的有限原则,以保障债务人及其家属作为人的最低限度的生活,限制或者禁止对债务人人身执行等。

#### (四)债权人之间利益的协调

当多个债权人先后或同时以其金钱债权,就债务人的同一财产申请强制执行时,执行财产如何分配?这是强制执行法中的一个基本问题。对该问题的不同回答,形成了平等主义、优先主义与折中主义三种立法例。所谓平等主义,是指在执行程序中,不论各债权人申请强制执行的先后,除享有法定优先者(如抵押权、质权等)外,一律按债权数额比例受偿。法国、日本即采平等主义立法例。所谓优先主义,是指首先对债务人的财产申请强制执行的债权人,优先于其他无法定优先权的债权人受偿。德国、奥地利、英国、美国等均采此立法例。所谓折衷主义,又称团体优先主义,是指在强制执行程序进行过程中,将各债权人按照一定的时间标准分为不同的债权人团体,前一团体的债权优先于后一团体的债权受偿,在团体内部,各债权人按其债权数额比例平等受偿。折衷主义以瑞士法为代表,我国台湾地区也采此立法例。

在我国,现行民事诉讼法虽然未在条文中明确规定采取平等主义,但由于最高人民法院通过司法解释确立了参与分配制度,先申请执行的债权人启动执行程序后,其他债权人无论有无执行根据,均可以申请参与分配,且参与分配的债权人,除享有优先权外,应按债权额比例平等受偿,可见我国强制执行制度采取的是平等原则,并不承认先申请执行的债权人有优先于其他债权人获得清偿的地位。不过,随着我国破产制度的发展,平等主义逐渐被限制、淡化,而向优先主义变化。在1998年《执行规定》出台以后,出于与破产制度协调的考虑,在被执行人的财产足以清偿全部债务时,财产分配采优先主义;只有在债务人为自然人或法人以外的其他组织,且其财产不足以清偿全部债务时,才继续适用平等主义。有人将我国的这种立法例,称之为“混合主义”<sup>①</sup>。

近年来,不少学者从强制执行的目的出发,对平等主义、优先主义与折中主义进行了深入系统的比较和评析,并对我国现行法的分配规则进行了批判,主张我国强制执行法应当实行优先主义。而从强制执行法草案来看,总体上更侧重于平等主义,但也摇摆不定,似乎又认为在采平等主义的同时,又应该吸收优先

<sup>①</sup> 葛行军、刘文涛:《关于执行财产分配的立法思考》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2002年第3集),法律出版社2002年版。

主义,允许在先申请查封的债权人的债权在一定比例内优先受偿。<sup>①</sup>究竟哪种立法主义更为合理呢?

笔者认为,纯粹就平等主义或优先主义而言,难谓孰优孰劣。不同的立法例是由各国特殊的历史传统、整体法律制度所决定的,不可孤立笼统地评价其利弊。如果把强制执行制度与破产制度结合起来考虑,我们就可以得出合理的结论。从强制实现债权这个意义上而言,破产制度也属于强制执行制度,只不过破产程序要考虑全部债权,本质上属于一般执行(或称概括执行),而通常所说的强制执行仅考虑一个或者多个特定债权,本质上属于个别执行。“强制执行制度和破产制度各有自己的功能,前者注重债权的个别清偿,后者则注重全部债权的公平清偿,在个别清偿中如果发现债务人的财产不足以清偿债务的,则应及时转入破产程序实行公平清偿。两种制度各司其职、相辅相成,在一个完整的法律体系中共同发挥着执行清偿的功能。如果在强制执行制度中实行平等原则,则意味着在执行程序中适用了破产程序的分配原则,显然会造成制度上的重复。因此,从执行和破产这两种法律制度各自的功能定位,以及一个国家法律体系整体协调的角度看,民事强制执行法中无疑应采取优先原则。”<sup>②</sup>

优先主义的合理性是以假定“债务人不乏偿还能力”为前提的。如果这个假定不存在,其他债权人可以有效利用破产程序使自己的债权获得公平清偿,这才不悖债权平等原则,不失公允。换言之,在一般破产主义的立法例下,优先主义的合理性毋庸置疑。从我国现实来看,目前现行法采纳的是有限破产主义,对于自然人与法人之外的其他组织而言,他们不能成为破产主体,即使在其财产不足以清偿全部债务的情况下,也无法通过破产制度给各个债权人一个公平受偿的机会。如果严格坚持优先主义,在此类债务人无其他财产可供执行时,会使后申请的债权人在一段时间内甚至永远不能获得清偿,有损公平。基于这点考虑,强制执行法草案并没有采优先主义,而是采取了一种折衷的做法,实行团体优先原则。但笔者认为,立法应当具有一定的前瞻性,从法律发展的大趋势而言,一般破产主义的立法模式也为各国普遍接受,也最终会为我国所采用,从这一点来看,强制执行法还是采优先主义为宜。

---

① 黄松有:《推进执行改革与执行立法,努力解决执行难——在2005年全国民事诉讼法专业委员会年会上的讲话》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2005年第3集),法律出版社2005年版。

② 黄松有:《关于民事执行理论研究中的若干问题》,载《人民法院报》2004年9月15日。

## 二、强制执行法的基本原则

我国强制执行法应当确立哪些基本原则,目前仍是争议颇大的问题。理论界存在四原则说、五原则说、六原则说、七原则说之争。归纳起来,不同学者确认的基本原则大体包括:全面保护当事人利益原则;当事人申请执行与法院依职权执行相结合的原则;执行标的有限原则;法院执行与协助执行相结合的原则;立执兼顾和审执配合原则;法定期限内行使申请权原则;强制执行与说服教育相结合原则;执行须有法律文书作根据的原则;执行权由法院独立行使原则;执行当事人地位不平等原则;执行程序非依法不得停止原则;依法执行原则;执行及时原则;优先清偿原则;执行穷尽原则;基本人权保障原则等。

笔者认为,我国强制执行法基本原则的确立,必须符合以下条件:其一,必须体现强制执行制度的根本目的和基本的价值追求;其二,必须体现强制执行制度的发展趋势;其三,必须体现我国的具体国情。此外,作为基本原则,还必须符合基本原则的一般特征,如应为强制执行法所特有,具有高度概括性、指导性。以此为据,不难发现,上述理论界构想的一些原则,并不具备基本原则的要求。有的原则没有体现强制执行制度的根本目的和基本的价值追求,如全面保护当事人利益原则,因为强制执行制度的首要的最根本的目的,是实现债权,所以,在执行程序中不可能平等保护债权人与债务人双方;又如强制执行与说服教育相结合原则,不仅违背了强制执行的本质属性,而且给强制执行制度带来了内在的扭曲和变形。<sup>①</sup>有的原则并非强制执行法的特有原则,如执行权由法院独立行使原则,因为在民事行政等各项审判中,也可以说审判权由法院独立行使的问题。有的原则仅仅是对执行工作的具体要求,或者是执行程序中某一阶段的要求,并不具有指导性,如当事人申请执行与法院依职权执行相结合的原则、法定期限内行使申请权原则,仅仅是执行程序启动阶段的规则;再如,法院执行与协助执行相结合的原则,也仅仅是指导和调整人民法院与其他协助执行主体之间关系的原则;其他如优先清偿原则、执行标的有限原则等,也存在同样的问题。甚至有的原则如立执兼顾和审执配合原则是特定历史背景下产生的,已不符合时代和社会的发展需要。

根据上述强制执行法基本原则的确立根据,笔者认为,我国强制执行法的基本原则应当包括:

1. 执行合法原则。所谓执行合法,不仅要求强制执行必须以生效的法律文

<sup>①</sup> 参见王亚新:《强制执行与说服教育辨析》,载《中国社会科学》2000年第2期。



书为执行根据,严格按照法定的方式启动执行程序,依照法律的要求采用强制措施,而且要求一切执行活动都必须严格依照法定的程序和规定进行。执行合法原则之所以应作为强制执行法的基本原则,是由强制执行本身的性质和规律所决定的:实现债权的目的直接决定了债权人与债务人在执行程序中的地位的不平等,为此,强调执行合法原则在执行程序中具有极为重要的意义。如果不强调依法执行,出现的法律后果或者是申请执行人的权益难以得到保护——申请执行人的权利被大大漠视;或者是被执行人的权利在整个执行程序中无关轻重——为了实现债权人的利益,法院不惜违法执行。<sup>①</sup> 尤其从我国现实国情来看,当前执行实务中的一个突出问题,就是“执行乱”。因此,强调执行合法原则,尤具有现实意义。

2. 执行效率原则。所谓执行效率,即要求执行程序中要尽量缩短执行周期,尽可能迅速地排除障碍以满足债权人的利益。将执行效率原则作为强制执行法的基本原则,也是由强制执行的本质特点所决定的,它体现着强制执行程序的价值取向和执行制度的目的与理想。执行程序的特殊目的,决定了它的价值追求有别于民事诉讼程序:民事诉讼程序需慎重地确认双方当事人间的实体权利义务关系,因此,其更多追求的是公正;而执行程序则是要实现已经裁决确认的权利义务关系,因此在公平与效率之间更多地倾向于效率,换言之,执行程序应当奉行效率优先原则。<sup>②</sup> 效率成为执行程序的最高价值目标。正基于此,从世界范围来看,强制执行原则都存在着向效率优先原则发展的总趋势。无论是英美法,还是大陆法中的德国法,均将效率优先原则作为强制执行制度的一项基本原则。即使是一贯强调债权人平等原则的法国法、日本法等,也在向效率优先原则推进。

3. 执行穷尽原则。所谓执行穷尽,是指执行程序启动之后,执行机构应当针对债务人采取各种可能的强制执行措施,而不得随意中止执行程序,只有在穷尽各种强制执行措施后仍不能执结的,才能中止或者终结执行。将执行穷尽作为强制执行法的一项基本原则,主要有两大理由:一是该原则体现了对债权人债权的全面保护,二是该原则体现了现代强制执行立法由个人主义向社会主义发展的趋势。从我国的执行实践来看,强调执行穷尽原则也具有重要的现实意义。在我国当前市场信用水准较低、交易风险较大的社会背景下,执行穷尽原则可以增强当事人在经济交往中的风险防范意识,避免司法资源的浪费,减轻执行法院

① 邹川宁:《民事强制执行基本问题研究》,中国法制出版社2004年版,第22~23页。

② 肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2001年版,第619页。

面临的巨大舆论压力,有利于执行工作获得社会公众的理解和支持。<sup>①</sup>

### 三、执行机构

关于执行机构的设置,涉及两个层面的问题:一是从国家权力分工的角度,将执行权交由哪一个机关行使;二是从执行权的构成角度,将不同内容的执行权分配给不同的机构或人员行使。通过这两个层面的分派与布置,执行权才得以顺利运行,最终确保实现强制执行的职能。

#### (一)关于执行权的配置机关

由于对执行权的性质存在着不同的认识,因此,关于执行权的配置问题也存在着不同的观点:有的认为执行权属于行政权,应当将执行工作交由公安机关或司法行政机关去完成;<sup>②</sup>有的认为执行权是一种独立的权力,主张在现有的法院体系之外设立专门的执行法院来行使;<sup>③</sup>大多数人认为执行权属于司法权,依然主张将执行机构设置于法院内部;有的则认为执行权为复合权,建议法院和行政权共同行使这种复合性的权力。<sup>④</sup>

从执行权的性质而言,尽管目前还不能说人们的认识已完全一致,但在争论中还是形成了一些共识:执行权具有相对独立性和完整性,既不是纯粹的司法权又不是纯粹的行政权,它兼有司法权和行政权的特征;执行权至少是由执行裁决权和执行实施权两种权力构成的复合性权力。以执行效率和执行权的相对独立性和完整性考虑,行使执行权的机关应当保持相对的独立和完整,而不能成为其他公权力行使机关的附属机构。从这个意义来说,设立专门的执行法院具有天然的优势。然而,设立执行法院是一项带根本性的重大变革,涉及国家司法体制的变动,其可行性受到更多条件的制约,难度很大。国外也只是极个别的国家在普通法院系统外设立执行法院。将执行权交由行政机关和法院这两种不同的公权力机关共同来行使,不仅会破坏执行权的相对完整性,而且将严重影响执行效率,也不可取。

从理论上讲,将执行权交由行政机关或者法院行使,均是可行的。但是,将

<sup>①</sup> 参见邹川宁:《民事强制执行基本问题研究》,中国法制出版社2004年版,第31~32页。

<sup>②</sup> 贺卫方:《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,第264页;李明霞、万学忠:《建议执行工作交司法行政部门负责》,载《法制日报》2003年3月16日。

<sup>③</sup> 王顺林、丁洪泉:《设立执行法院,改革执行体制》,载《政治与法律》1999年第6期。

<sup>④</sup> 王建军:《论民事执行权的再分配——兼谈执行体制改革》,http://www.dffy.com, 下载日期:2008年1月16日。

执行权交由行政机关行使,会从体制上为地方政府干预执行打开方便之门,加剧执行中的地方保护主义。从执行权的性质、构成、运行特征以及我国的现实国情来考虑,将执行权配置给法院更为妥当:其一,由法院行使执行权,并未与执行权的性质相矛盾。执行权作为一种复合性的权力,兼具司法权和行政权特征,由法院行使这种复合性的权力,与法院的中立性并没有矛盾。<sup>①</sup>其二,由法院行使执行权,符合执行权的构造原理。执行权包括执行裁决权和执行实施权,其中,执行裁决权属判断权,性质上与审判权并无二致。在世界范围内,各国尽管在执行实施权上还存有法院内配置与法院外配置之别,但执行裁决权都毫无例外地保留在法院。因此,将全部或者部分执行权配置给法院,是执行基本规律的体现。其三,由法院行使执行权,有利于确保执行的效率。执行过程中会发生争议,这是无法回避的现实。无论是程序上的争议还是实体上的争议,都应当及时裁断。如果执行实施机构与执行裁决机构在时空距离上过于遥远,机构之间衔接不顺,必然增加执行成本,降低执行效率。由法院统一行使执行实施权和执行裁决权,就可减少甚至避免不同执行机构之间的衔接不顺问题,有利于确保执行的效率。其四,由法院行使执行权,符合我国的现实国情。在我国目前现实国情下,如果将民事执行权交由行政机关行使,将会难以克服执行难中的症结——地方和部门保护主义。法院作为司法机关,具有一定的超脱性,对地方部门保护主义具有一定抗衡力。2007年修改后的《民事诉讼法》第205条第3款规定:“人民法院根据需要可以设立执行机构。”根据该原则性规定,执行机构属于人民法院内设的一个职能部门,为此争论画上了句号。

## (二)关于执行权的分权方式

对于此问题,现行法未作具体规定。在执行机构内部,如何将不同的执行权配置给不同的机构或人员,以达到相互制约、避免权力滥用、提高执行效率的目的,目前理论上还存在较大争议,实践中则存在着不同的做法,有的设两庭一处,有的设一庭一处,有的庭局并设。撇开庭、处、局这些外观形式不论,实质上,从执行权的二元构造出发,执行机构内部的分权问题,也就是执行裁决权与执行实施权如何分离的问题。在目前的执行实践中,执行裁决权与执行实施权的分权方式可归为三种基本类型:一是将执行裁决权和执行实施权配置于同一执行机构之中,在同一机构内部设立执行裁决庭(处)、执行实施庭(处)等机构来分别行使执行裁决权和执行实施权;二是将执行裁决权和执行实施权分别配置给上下

<sup>①</sup> 谭秋桂:《民事执行权的配置方式与民事执行体制的构建》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2005年第3集),法律出版社2005年版。

级执行机构,实行“两级分权”;<sup>①</sup>三是执行裁决权与执行实施权完全分开配置,其具体做法是:由设在法院的执行机构(执行局)仅行使执行实施权,而执行裁决权则由同一法院专门设立的执行裁判监督庭行使,但执行裁判监督庭并不属于执行局,而是与其他审判业务庭相平行的业务机构。

执行机构的内部设置,应当坚持分离但不分割的原则,不同执行权的配置应当保持其有机联系,而不可将其割裂。如果按第二种分权方式实行“两级分权”,无疑是割裂了执行实施权与执行裁决权,使执行权的配置过于分散,结果可能是权力运行程序不畅,执行效率低下。如果采第三种分权方式,执行机构仅行使执行实施权,而执行裁决权归审判业务机构(执行裁判监督庭)行使,也值得商榷:执行程序中的争议,既包括程序性的争议,又包括实体性的争议(如异议之诉),对于实体性的争议,其性质决定了应当由审判业务庭处理;但程序性的争议,应属执行机构裁决的范围。目前理论上的执行裁决权,指的是对程序性争议的裁决权,这类权力,既无必要也不应纳入审判业务庭的裁判范围。执行权内部分权的初衷,在于形成执行中的有效监督与制约,确保执行程序功能与价值的实现。执行裁决权与执行实施权应当分开设置,但二者应当保持比较顺畅的联系渠道,否则难以实现执行的效率。为此,将执行裁决权与执行实施权配置在同一执行机关内部,只要能够实现行使这两种权力的机构和人员切实分离,就能全面实现执行分权的目的。以此为依据判断,第一种分权方式即是可行的。

关于上下级执行机构之间的关系,人们的认识基本一致,即为了切实从体制上克服地方保护主义,同时考虑到执行权所具有的行政性,上下级执行机构之间不能沿用审判体制的模式,而应加强垂直领导,实行统一管理、统一协调的管理体制。最高人民法院《人民法院五年改革纲要》将民事执行管理体制的改革分为两个层次:第一个层次,建立高级法院对辖区的法院民事执行工作实行统一管理和协调的体制;第二层次,经过试点,在条件成熟时,在全国建立起对各级法院民事执行机构统一领导,监督、配合得力,运转高效的民事执行管理体制。2000年1月印发《关于高级人民法院统一管理执行工作若干问题的规定》之后,以各高级人民法院为单元,统一管理辖区法院民事执行工作的新体制在全国法院逐步建立。

<sup>①</sup> 所谓“两级分权”,是指由基层执行机构主要行使执行实施权和部分执行裁决权,而中级执行机构主要行使重大事项的执行裁决权。参见徐杰:《绍兴法院执行权两级分离的探索与实践》,载张启楣主编:《执行改革理论与实证》,人民法院出版社2002年版。

## 四、执行当事人的变更和追加

依据执行根据效力的一般原理,执行根据的效力原则上仅及于当事人,对当事人之外的其他人不发生效力。但在执行程序中,因某些特殊情况的出现,需通过执行当事人的变更或追加,使当事人以外的有关第三人成为执行当事人,从而使执行程序得以继续,使权利人的债权得到及时有效的清偿。

### (一)关于执行当事人变更或追加的范围

我国相关执行立法规定了变更或追加执行当事人的若干具体情形,但从实践操作来看,这些规则有检讨之必要。从类型上分析,现行立法关于变更或追加执行当事人的情形可归纳为五类:(1)基于权利义务的承受,变更当事人的一般继受人为被执行人。如作为被执行人的公民死亡,法人或其他组织终止、分立、合并、歇业、被撤销或者更名的,以承受其权利义务的主体为被执行人。(2)基于责任主体的同一性,追加被执行人。如其他组织、法人分支机构在执行中不能履行义务的,裁定追加对该其他组织承担义务的法人为被执行人。(3)基于责任主体的无限责任,追加被执行人。如在独资企业、合伙企业的财产不足以清偿债务的情况下,追加设立独资企业、合伙企业的公民或法人为被执行人。(4)基于第三人与债务人之间的权利义务关系,追加第三人为被执行人,如追加注册资金不实或抽逃注册资金的开办单位为被执行人、追加债务人的到期债务人。(5)基于违反公法义务而产生的赔偿责任或担保责任,追加第三人为被执行人。如金融机构、债务人所在单位、债务人拥有股权或投资权益的企业等协助执行义务人,违反法院有关协助执行的要求,协助债务人转移财产或违法向债务人支付的,法院可责令限期追回,未能追回的,可追加其为被执行人;在执行担保的情况下,如果债务人逾期不履行义务或对债务人执行不能,法院可裁定在担保范围内执行担保人的财产。在执行实践中,执行难的现状刺激了执行人员对执行根据执行力的扩张欲望,以致出现了不少“法外扩张”的情形,将不应变更或追加的第三人追加为被执行人,严重损害了第三人的合法权益,成为执行乱问题的一个重要表现。

依据执行力主观范围的扩张原理来分析,我国现行法的规定存在不周全和不合理的问题,具体表现为:(1)执行力应当扩张的而未规定扩张。例如,执行主观范围的扩张,既包括债权人的扩张,又包括债务人的扩张。我国现行执行立法仅罗列了债务人的扩张,即变更或追加被执行人的几种情形,未明确债权人的扩张问题。又如,我国现行法只确认了执行力向一般继受人扩张,未规定向特定继受人扩张。再如,我国民事诉讼中存在诉讼担当制度,但未规定出现诉讼担当时

判决执行力的扩张问题。(2)执行力不应扩张的而予以扩张。例如,现行法基于责任主体的同一性,将对其他组织、法人分支机构承担责任的法人追加为被执行人,即不属于执行力扩张的情形,因为其他组织、分支机构的财产是整个法人财产中的一部分,执行其他组织、分支机构的财产就已经是执行法人的财产,这与执行法人的其他并无区别。私营独资企业的财产与独资企业业主的财产之间的关系亦然。又如,执行力向出资不实或抽逃出资的投资者扩张也存在理论上难以逾越的障碍,因为投资者出资不实或抽逃出资往往发生在债务发生之前,这与执行力扩张事由须为执行根据确定后所发生的原则相悖,并且,投资者是否确实存在出资不实或抽逃出资的事实,无法依据执行根据确定,往往需要经过审判程序作出判决来确认。<sup>①</sup>再如,就妨碍协助执行义务而应承担赔偿责任的有关单位或公民而言,这些协助执行人与债务人之间皆不存在物上的或权利义务上的关系,不应为执行力所及,其仅仅是因为违反了协助执行义务,而对债权人负有赔偿责任。此种权利义务关系显然是在债权人与协助执行人之间直接产生,与原执行根据的拘束力及扩张无关。<sup>②</sup>对执行担保人的执行也存在同样问题:担保人被要求承担责任,并非基于担保人与债务人之间的继受关系产生,而是执行担保人就其担保行为阻却了法院的强制执行,故应承担相应的保证执行目的实现的义务。此时,不能以执行力主观范围的扩张理论加以解释,而宜从公法上加以考量。

究竟哪些第三人可被变更或追加为执行当事人呢?从世界范围来看,执行力主观范围扩张具有一般界域:(1)当事人的继受人,即法律文书确定以后,承受当事人地位的人。根据发生继受的原因,当事人的继受人可分为两种:一是一般继受人,即法律文书确定以后,因当事人死亡或者法人资格消灭而继受其权利义务的人,如自然人死亡后的继承人、公司合并后承受其权利义务的公司等。二是特定继受人,即法律文书确定以后,因特定的法律行为(如买卖或赠与)、法院强制执行或依法律规定而承受标的物的人。当事人的继受人与当事人之间存在特定的依存关系和利益关系,而当事人在之前的纠纷解决过程中已获得充分的程序保障,故继受人应受到执行根据的约束。(2)为当事人或其继受人占有执行标的物的人,如保管人、管理人等。对于请求交付特定物的执行根据,如果不能针

<sup>①</sup> 详见傅松苗:《论执行力的扩张》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2005年第4集),法律出版社2005年版。

<sup>②</sup> 田玉玺、丁亮华:《在超越与限制之间——民事执行中变更和追加执行当事人制度研究》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2005年第4集),法律出版社2005年版。

对特定物的占有人发生效力,执行根据将失去意义。为当事人或其继承人占有执行标的物的人并不具有自己独立的利益,在地位上也应视同当事人,执行根据的效力扩张及于占有人,也不会损害其固有的实体权利和有关的程序保障利益。不过,此类占有人仅限于直接占有人,如果是为自己利益而依法占有执行标的物,则除无偿占有外,不得对其强制执行,否则将损害占有人的合法权益。<sup>①</sup> (3) 为他人利益而成为原告或被告,如遗产管理人或遗嘱执行人等。此类情形,当事人成为“诉讼当事人”,其进行诉讼虽以自己名义为之,但实质是为他人利益,诉讼当事人与该他人之间,利害关系具有一致性,法院判决的效力及于原来的权利主体,故执行根据的效力也应及于该他人。上述一般界域,应为我国立法所借鉴,已成共识。

## (二)关于执行当事人变更或追加的程序规则

关于变更和追加执行当事人的程序规则,民事诉讼法未作具体规定,最高人民法院仅先后在《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》和《关于人民法院执行工作若干问题的规定》两个司法解释中明确了执行当事人变更或追加的办理机构,“人民法院可以裁定变更”,“由执行法院的执行机构办理”,除此之外,现行立法对执行当事人变更或追加的程序没有任何具体规定。比如,程序的启动,是依职权进行还是依申请启动,抑或二者皆可;程序的进行,是形式审查还是实质审查,是书面审查还是听证审查,是独任审查还是合议审查;如果相关利益主体对变更或追加的执行当事人不服,如何寻求救济等,均缺乏规定。这种立法现状,导致实践中做法各异,既不严肃,又不利于保护有关利益主体的合法权益。

首先,应当肯定的是,执行当事人的变更或追加,目前规定的由执行机构办理是合理的。变更或追加执行当事人的实质是以裁定的形式宣告某一主体为原生效裁判执行力所及,而不是一次新的裁判,不必通过审判程序来完成。至于其他文书如仲裁裁决、公证债权文书的执行,基于不同的执行根据并不产生不同的执行程序以及原法律文书的制作机关难以查明执行中变化了的事实,由执行机

---

<sup>①</sup> 《民事诉讼法》第225条规定:“……有关单位持有该项财物或者票证的,应当根据人民法院的协助执行通知书转交,并由被交付人签收。有关公民持有该项财物或者票证的,人民法院通知其交出。拒不交出的,强制执行。”由此可见,我国法律确实确认生效判决的效力及于请求标的物的占有人,即这里所谓的“有关单位”和“有关公民”。然而,如此规定,显然存在严重不足:其一,将“有关单位”和“有关公民”视为协助执行人,而非直接规定可以强制执行,以致可能影响执行力向这类主体的顺利扩张。其二,该第三人是否必须为当事人及其继承人的利益而占有标的物,则并未明确。实务中出现了偏离依法本意的理解,甚至故意歪曲理解,从而导致执行力的不合理扩张,损害为自己利益而持有请求标的物的第三人,如承租人、抵押权人、质权人、留置权人等的正当权益。

构办理执行当事人的变更或追加事项,也有助于执行程序快速、有效进行。

其次,关于程序的启动,执行当事人变更或追加程序的启动方式应采申请方式,法院不得主动依职权为之。因为强制执行程序处理的是民事私权,根据私法上的私权自治原则和程序法上的处分原则,应当明确有有关主体依申请而启动变更或追加程序。具体而言,变更或追加执行当事人的申请主体必须是债权人(执行根据载明的债权人,或者虽非执行根据载明的债权人但依执行力的扩张声称自己为债权人者)。如果债权人明知变更或者追加的情形存在,而不要求变更或追加,表明其放弃了对有关权利的主张或对案外有关义务人的追究,法院不应干预。如果因债权人调查手段或能力有限未知悉应当变更或追加的情形,而法院通过调查发现的,应主动告知债权人,由债权人自己决定是否追加或变更执行当事人。

再次,关于程序的进行,考虑到执行当事人的变更或追加对有关利害关系人的权利义务影响甚大,执行机构应当组成合议庭予以审查。至于审查的行使,是采书面方式还是听证方式,笔者认为,一般情况下,执行力扩张的情形简单明确,比如谁是当事人的一般继受人、谁是诉讼担当下的真正权利义务者,仅需书面审查即可,没必要适用听证方式浪费资源;特定情况下,如涉及特定继承人的认定,涉及占有人是否为债务人利益占有,利害关系人之间有一定争议的,可以考虑适用听证方式审查。在审查时,执行机构应实行实质审查原则。<sup>①</sup>之所以实行此原则,是因为变更或追加第三人为执行当事人时,依据的是实体法或者程序法上规定的适用情形,但申请执行或第三人所主张的适用情形是否属实,在没有依审判程序判定的情况下,需要对其实质审查,以此促进执行程序的快速、有效进行。诚然,为了保障程序的正当性,此类实质审查并不具有终局效力,有关利害关系人对审查后认定的结果不服的,依然可以通过救济程序获得救济。

最后,关于利害关系人的程序救济。程序公正最基本的要求在于,与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出的主张和证据的机会。执行根据的效力扩张及于当事人以外的其他主体,必然涉及有关主体实体权利义务的承担问题,而这种实体权利义务的承担,并没有经过诉讼程序的实体审理。因此,执行程序中当事人变更或追加的范围十分严格,并且,必须建立科学的程序机制,以资救济。我国现行执行立法严重缺乏相关的有效的程序救济机制,设置一套合理的执行当事人变更或追加制度的程序救济机制,极为紧迫。有论者

<sup>①</sup> 许士宦:《执行力扩张与不动产执行》,台湾学林文化事业有限公司2003年版,第29页。



建议,有关主体对变更或者追加执行当事人的裁定不服的,可以向上一级法院申请复议一次;<sup>①</sup>有学者提出,首先应当给予当事人向执行机构提出执行异议的权利,异议被驳回的,当事人可以向上级法院提起执行抗告(类似于申请复议);<sup>②</sup>有的建议借鉴德国、日本和台湾地区的立法例,建立许可执行之诉和债务人异议之诉制度来救济。<sup>③</sup>笔者认为,执行当事人变更或追加引起的争议属于实体争议,而非程序争议,若采复议、异议或抗告等用以解决程序争议的救济方式,并不妥当。采取诉讼救济机制,赋予有关利益主体充分的程序保障,这有利于保护有关利益主体的合法权益,避免其遭受不当执行,具有其合理性。但是,执行制度追求的首要目标是效率,即最高效率地实现债权人的权利。若通过通常的民事诉讼程序来解决执行当事人适格争议,虽然达到了充分保障有关利益主体合法权益的目的,却不利于执行效率的提高。因此,我国强制执行立法应当在借鉴大陆法系诉讼救济机制时,不应完全采通常民事诉讼程序,而是应以一种类诉讼的方式来运作,在给予当事人充分陈述、类似言词辩论的程序保障的基础之上,适当简化有关程序,以达到执行迅捷的目的。<sup>④</sup>

## 五、执行标的

执行标的的范围也是强制执行立法的基本理论问题之一。正确识别执行标的,是实施执行行为的基础,不仅有利于实现债权人的债权,而且有利于保护债务人的合法权益,维护强制执行制度的严肃性与权威性。当前理论研究的争议则主要集中于对执行标的范围的探讨,主要可归纳为两个方面:一是执行标的的种类;二是不得执行的财产范围。

### (一)关于执行标的的种类

我国有关的司法解释和理论界的主流观点认为,财产和行为为强制执行的标的。争议的焦点在于人身能否作为执行标的。传统观点持否定说,认为将人身作为执行标的不利于对债务人的人权保障,坚持人身不能作为强制执行的标的。最高人民法院也持该观点。早在1955年12月,最高人民法院在《关于桦南

① 常怡、崔婕:《民事强制执行立法研究》,载田平安主编:《民事诉讼程序改革热点问题研究》,中国检察出版社2001年版。

② 李浩主编:《强制执行法》,厦门大学出版社2004年版,第174页。

③ 金殿军:《执行当事人变更制度辨析——以执行根据、既判力和执行力的辨析为基础》,载最高人民法院执行工作办公室编:《强制执行指导与参考》(2005年第4集),法律出版社2005年版。

④ 卢正敏:《台湾执行当事人适格制度述评及启示》,载《台湾研究集刊》2008年第1期。

县法院因执行债务案件羁押当事人致死案的检查报告》的按语中就明确指出：“执行民事案件用羁押当事人的办法作为强制手段，是侵犯人权，违反国家法律的行为。……强制执行是指对当事人的财产而言，并非对当事人的人身。”1999年10月15日最高人民法院在对湖北省高级人民法院的复函中又明确答复：“不得强制执行王斌的人身”。

面对我国执行难的现状，越来越多的学者主张应突破传统理论，在强调以财产执行为主的前提下，将人身执行作为补充执行手段，<sup>①</sup>对“恶意逃避执行的债务人甚至可借鉴德国和我国台湾地区的法律，建立债务监狱制度”。<sup>②</sup>肯定说将人身作为执行标的的理由，归纳起来，主要有三：其一，强制执行人身并不是去直接执行人身，而是一种间接措施，将人身作为间接的执行对象，通过相应的措施限制人身自由，迫使其履行偿债义务；其二，我国现行法承认的对妨害执行的强制措施，在实质上与对人执行并无区别，拘留、搜查、拘传乃至至于刑事处罚，直接针对的均是债务人的人身和人身自由，而非财产或行为；其三，在一些特殊的案件中，如离婚案件中令债务人交付子女，其执行标的就直接体现为人身。

笔者认为，应当承认人身可以作为强制执行的标的：其一，这是维护债权人合法权利的需要。在我国经济转型过程中，由于诚信、守法意识的缺失，债务人有履行能力但仍逃避抗拒执行的情形不断涌现，成为执行难的一大原因。将人身作为执行标的，加大对债务人的惩罚力度，不失为解决执行难的一个有力手段，有助于债权人合法权利的需要。其二，这是各国强制执行立法的共同趋向。例如在德国，若债务人拒不进行代宣誓保证，又提不出正当理由的，债权人可向法院审前拘留债务人这种处罚最长6个月。<sup>③</sup>在美国，几乎所有州的宪法都禁止以欠债为理由监禁债务人。有些州已经废止为清偿债务拘捕令状。该令状要求执行官拘捕判决债务人，直至清偿债务时为止予以监禁。在大多数州，禁止因债务监禁的规定限于合同项下的金钱债务，许多州法律规定为清偿对侵权行为、诈欺或违反被信任者关系项下的义务产生的债务，仍能监禁债务人。<sup>④</sup>

① 王建红：《强制执行法基本原则思考》，载张启楣主编：《执行改革理论与实证》，人民法院出版社2002年版。

② 缪志斌、姚臻：《论人身强制执行制度》，载《福建政法管理干部学院学报》2004年第1期。

③ 《德国民事诉讼法》第807条规定：“债权人不能因扣押而受到全部清偿时，或者债权人释明其不能因扣押受到全部清偿时，债务人依申请有义务提出其财产目录并说明其债务的原因与证据。债务人应提出代宣誓的保证，并作成记录，保证他已经按照自己的良心和良知作出对他要求的正确而完全的报告。”此即所谓的代宣誓的保证程序。

④ 沈达明：《比较强制执行法初论》，对外贸易教育出版社1994年版，第88页。

针对否定说认为对人身执行即侵犯债务人人权观点,笔者认为,这种立论没有依据。“人身”可以从多方面理解,如人的身体、生命、自由等。对人身执行,并不是说直接用被执行人的人身清偿债务(这在现代社会是绝对禁止的),而是指通过对被执行人人身自由的一定限制来惩戒其拒不履行裁判的行为。尽管保障人权包含了保障人的自由权,但应当看到,自古以来,人权内涵内的自由权从来就不是不受任何限制的,它的发展必须以不侵害他人合法权益和社会公共利益为限。保障债务人人权和对债务人的人身自由权的执行,这二者之间并不存在本质的冲突,某种程度上,可以说是完全符合现代法治理论的。因为,对人身执行,限于有履行能力但抗拒执行的恶意债务人而言的,这种恶意的逃债行为已经侵害了债权人的合法权益,影响了司法的严肃性和权威性,危害了社会公共利益,因此对其人身自由权加以限制,是合理的。

应当指出,肯定说以离婚案件强制交付子女的执行为人身执行的一个立论理由,不能成立。在此类案件中,子女自身从来不是离婚案件中的债权人,也不是债务人,根本不可能成为执行的对象。应该说,在此类案件中,执行的标的是债务人交付子女的行为,而非人身,因此也就谈不上人身执行了。

此外,执行实践中出现了以劳务抵债的问题。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第20条:“执行程序中,双方当事人协商以债务人劳务或其他方式清偿债务,不违反法律规定,不损害社会利益和他人利益的,应予准许,并将执行和解协议记录在案。”可见,最高人民法院赞成以劳务抵债。有学者认为,劳务抵债是一种变通的执行措施,其执行标的为劳务。<sup>①</sup>也有人反对将劳务作为执行标的,认为劳务涉及公民的基本权利——劳动权的问题,涉及劳动者对建立劳动合同的意志自由,故不能成为执行标的。<sup>②</sup>笔者认为,这种执行方式,是以劳动所得即收入来抵债,本身并不是对被执行人人身的执行,也不是对被执行人行为的执行,仍属对财产的执行。并且,这种执行方式以双方当事人协商同意为前提,执行机构不得强制劳务抵债,故也不存在对劳动权的侵犯问题。

## (二)关于不得执行的财产范围

债务人所有的财产原则上都可以成为执行标的。但是,现代各国强制执行制度基于对债务人基本人权的尊重与保护,无一例外地对债务人豁免执行的财产范围作了明确详细的规定。我国《民事诉讼法》针对债务人是自然人的情况,规定不得执行的财产范围为:“人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务

① 齐树洁、马昌明:《完善我国强制执行法若干问题的探讨》,载《法学评论》1997年第3期。

② 邹川宁:《民事强制执行基本问题研究》,中国法制出版社2004年版,第63页。

部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用”、“人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。”对于法人或者其他组织的不得执行的财产,《民事诉讼法》未作规定,仅在司法解释和最高人民法院的有关通知中,对国家机关的办公经费及履行职务不可缺少的财物、企业工会经费、金融机构及其营业场所、社会保险基金、信用证开证保证金、证券交易保证金、政策性收购资金形成的财产及对股权的执行等问题作出了排除性的规定。我国目前关于不得执行的财产范围的如此立法,没有进行类型化的划分与归类,导致了实践中运用的混乱,有些该豁免执行的财产尚未列入该范围,不利于债务人的基本人权保护。

参照域外立法,一般认为,不得执行的财产豁免可包括两大类:其一,禁止之豁免。所谓禁止之豁免是指为保护被执行人的生存权等基本权利和国家机关、特殊企业的正常运转,依法不得执行的被执行人特定范围的财产。禁止执行之豁免,按照限制程度不同,又可分为绝对禁止执行之豁免和相对禁止执行之豁免两类:一是绝对禁止执行之豁免,包括国家专有物、虽非专有但禁止转让的物、为维护社会秩序和公共安全需要禁止流通的物品、为防止危害人们身心健康需要禁止流通的物品、外交豁免及领事豁免执行的财产。二是相对执行之豁免,包括维护被执行人之生存而不得不执行的财产、为维护公序良俗而不得不执行的财产、基于社会公益而不得不强制执行的财产、基于财产性质不得执行或强制执行的财产。其二,无益之豁免。所谓无益之豁免,是指被执行人的财产经变价后对申请执行人实现债权毫无实益可言。无益之豁免包括两类:一是被执行人的财产经变现所得价金支付手续费后没有剩余可能的;二是被执行人的财产存有优先权或担保物权的,变现所得价金在优先权和担保物权优先受偿及支付手续费后,没有剩余可能的。根据上述分类标准,详细地列举不得执行的具体财产范围,是完善强制执行法的一项基本要求。

## 六、执行救济

执行救济是矫正执行程序中违法执行行为、不当执行行为,维护执行当事人或者第三人的合法权益,实现执行程序的功能与价值的权利保护制度。根据执行救济的方法不同,一般将执行救济分为两种,一是程序上的执行救济,二是实体上的执行救济。

在2007年《民事诉讼法》修改以前,通常认为,我国执行程序中的执行救济包括两种:一是案外人(第三人)异议,二是执行回转。不过,执行回转属于一种

事后的弥补性救济方式,案外人异议方属真正意义上执行程序中的救济方式。关于执行救济制度的这种立法状况,存在很多漏洞:(1)缺乏程序上的执行救济制度,对于程序上的违法行为没有相应的矫正方法,不能包含当事人和第三人的合法权益,致使违法执行现象屡见不鲜。(2)仅规定了案外人异议这一种实体救济制度,对于其他大量存在的针对债权人或债务人的不当执行行为,缺乏相应的实体救济途径。(3)即使纯就案外人异议制度而言,也不合理:法律规定案外人异议“由执行员审查”,用审查程序取代诉讼程序,不利于保护第三人权利;案外人异议被驳回或被认定其理由成立后,当事人或第三人对此不服的,无后续救济手段;法律规定异议成立时,若发现裁判确有错误,按审判监督程序处理,不仅使第三人的诉讼地位存在偏差,而且混淆了异议之诉与再审之诉的功能。实践中有的地方法院创设了一种新的执行救济方式——执行复议,即执行当事人或案外人对执行法院作出的裁定或决定不服,为维护自身的权益,向作出裁定或决定法院的上一级法院提出申请,要求重新审查、重新裁决的制度。<sup>①</sup>然而,执行复议以地方规定的形式出现,受地域限制,难以全面维护当事人及第三人的合法权益。并且,执行复议应当属于程序性争议的一种救济方式,不作区分地用该制度一并处理程序性争议和实体性争议,其合理性也值得怀疑。此外,即使在采执行复议制度的地区,因各种因素的影响,该制度在实践中也并未得到很好的贯彻实施。

面对执行救济制度的严重匮乏,2007年《民事诉讼法修正案》对此进行了大幅度的补充和完善:首先,增设了程序性执行救济制度。修改后的《民事诉讼法》第202条专门规定了对违法执行行为提出异议的制度,明确赋予当事人和利害关系人对违法执行行为提出异议的权利。为确保救济的实际效果,本条还规定了异议的处理程序,即人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查,理由成立的,裁定撤销或者改正;理由不成立的,裁定驳回。考虑到异议由原执行法院处理难免受到多种因素的干扰,本条还进一步赋予了当事人、利害关系人向上一级法院申请复议的权利,即当事人、利害关系人对裁定不服的,还可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。针对消极执行行为,修改

---

① 如浙江省高级人民法院2003年2月印发的《关于执行案件流程管理的规定》专门规定了执行复议的内容。当事人或案外人对执行法院对案外人异议、申请执行要求变更或追加被执行主体的申请、被执行人要求不予执行仲裁裁决或公证债权文书的申请审查后作出的裁定及宣告拍卖、变卖无效的裁定不服的,可以向上一级人民法院申请复议一次。2004年2月,重庆市高级人民法院也印发了《执行案件复议程序规则(试行)》,明确规定了执行案件复议的范围和程序。

后的《民事诉讼法》第203条从以下几个方面作了规定:一是明确赋予申请执行人向上一级法院申请变更执行法院的权利;二是明确规定了申请变更执行法院的条件,即执行法院自收到申请执行书之日起超过6个月未执行的;三是明确规定上一级人民法院应当对当事人的申请进行审查,审查后可以责令原执行法院在一定期限内执行,也可以决定由本院执行,还可以指令其他法院执行。其次,对案外人异议制度进行了修改和补充。修改后的《民事诉讼法》第204条与修改前的原208条相比,其最大变化,一是增加了第三人(案外人)提起异议之诉的权利,即“与原判决、裁定无关的,可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼”;二是此异议之诉的提出须以执行异议被裁定驳回为前提,意味着第三人没有提出执行异议的,就丧失了提起异议之诉的权利。总体而言,修改后的《民事诉讼法》对执行救济制度进行了很大修改,可谓一个巨大的进步,尤其是程序性救济制度的完善,填补了我国《民事诉讼法》对违法执行行为进行程序上救济的法律空白,标志着我国执行救济法律制度发展到了一个新的水平。<sup>①</sup>

应当指出,修改后的执行救济制度仍存在一些不足。例如,关于程序性救济,现行法允许由当事人和利害关系人提出异议,但该异议能否阻止执行程序的进行,执行法院在审查期间执行程序是否中止,执行复议对执行程序的进行有无影响等,均未明确规定。又如,就实体性救济而言,除案外人存在实体救济的必要外,还存在着大量的其他关涉执行当事人的实体争议需要救济。<sup>②</sup>对于这些实体性争议,修改后的《民事诉讼法》仍属空白。再如,就修改后的案外人实体救济制度而言,现行法规定第三人提起异议之诉必先提出执行异议,即执行异议前置,立法者的本意是考虑到诉讼程序相对复杂,而有些争议事项相对简单,由熟悉案情的执行人员先作审查处理,可以迅速解决一部分争议,有利于减少讼累,提高执行效率。<sup>③</sup>然而,要求第三人在其权利受到侵害时在执行程序中提起书面异议,<sup>④</sup>这本身已增加了第三人人力、物力上的负担;新规定虽允许第三人对法院的裁定起诉,但这无异于又增加第三人的负担。况且,此诉讼能否排除正在进行的执行程序,立法也未明确。在第三人异议之诉制度不完备的现实下,若仅

① 赵晋山:《为当事人提供了更充分的救济途径》,载《人民法院报》2007年11月2日。

② 参见黄松有、杨春华:《对我国民事执行中实体争议救济的考量》,载《中国法学》2006年第5期。

③ 赵晋山:《为当事人提供了更充分的救济途径》,载《人民法院报》2007年11月2日。

④ 按原《民事诉讼法》第208条,第三人提起异议,并不强调必须采书面形式。而据新《民事诉讼法》第204条,第三人的异议必须采书面形式,这使得第三人异议的提出条件更为严格。

因第三人未能适时提起异议之诉即丧失其实体权利,对第三人极不公平。

从域外立法来看,对于程序上的执行救济,虽然各国的具体方式有所差异,但本质上均为执行异议的方式。执行法院对执行异议进行裁判,认为异议不合法或无理的,裁定驳回;有理由的,裁定将原处分或程序撤销变更。为使执行迅捷,对于这种执行裁判,原则上不允许上诉,例外情况下允许抗告。与之相比,我国现行法规定除了规定执行异议之外,还增设了执行复议程序,这对于异议人的权利保障而言,显然是有利的;尤其从我国现行国情来看,由原执行机构裁判执行异议,在缺乏制度性约束和有效监督的情况下,有自己裁判自己之嫌,增设执行复议程序也是有益的。关于执行异议的效力,各国基本上规定为有条件的影响执行程序。如德国《民事诉讼法》规定,当在执行中提出申请异议与抗议时,法院在裁判前可发出暂停命令,尤其是可以命令提供担保或不提供担保而暂停强制执行,或只在提供担保后继续执行。日本也有类似规定。我国应否借鉴这些规则,有必要进一步研究。关于实体上的执行救济,域外立法主要采的是异议之诉的方式,并且,通常归普通民事案件审判庭按照普通民事诉讼程序审理。为了促进执行效率,有学者认为,针对民事执行中各种实体问题争议,应设置不同层次和充分空间的救济;处理民事执行中实体问题争议既应通过诉讼的方式,也不能排斥非诉(异议)的方式;其处理机构应在多元模式中,根据我国的具体情况确立。<sup>①</sup> 对此,还待深入研究和探讨。

<sup>①</sup> 黄松有、杨春华:《对我国民事执行中实体争议救济的考量》,载《中国法学》2006年第5期。